

sygn. akt: KIO 3645/23

## WYROK

z dnia 18 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P.K. JPD KRUPIŃSKI P.K., JPD sp. z o.o. sp. k., ul. Droga Kręta 2a; 86-300 Grudziądz** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasto Grudziądz, ul. Ratuszowa 1; 86-300 Grudziądz**, przy udziale wykonawcy **M.B.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **3JM M.B., ul. Dębowa 1/2; 82-500 Kwidzyn**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P.K. JPD KRUPIŃSKI P.K., JPD sp. z o.o. sp. k., ul. Droga Kręta 2a; 86-300 Grudziądz** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P.K. JPD KRUPIŃSKI P.K., JPD sp. z o.o. sp. k., ul. Droga Kręta 2a; 86-300 Grudziądz**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P.K. JPD KRUPIŃSKI P.K., JPD sp. z o.o. sp. k., ul. Droga Kręta 2a; 86-300 Grudziądz** na rzecz zamawiającego **Gmina Miasto Grudziądz, ul. Ratuszowa 1; 86-300 Grudziądz**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

sygn. akt: KIO 3645/23

### Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Grudziądz, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „*Roboty budowlane w ramach realizacji zadania „Rewitalizacja Parku Miejskiego na Wzgórzu Zamkowym w Grudziądzu”*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 9 września 2023 r., pod nr 2023/BZP 00383820.

29 listopada 2023 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

4 grudnia 2023 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: P.K. JPD KRUPIŃSKI P.K., JPD sp. z o.o. sp. k., ul. Droga Kręta 2a; 86-300 Grudziądz (dalej „*Odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami czynności zamawiającego polegających na bezzasadnym uznaniu za spełniającą wymagania i warunki określone w SWZ oraz zaniechaniu odrzuceniu oferty wykonawcy: M.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą 3JM M.B. z siedzibą w Kwidzynie (dalej „*Wykonawca lub 3JM*”), pomimo, iż oferta ta zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechaniu odrzuceniu oferty wykonawcy z uwagi, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2.art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo że oferta wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3.art. 16 w zw. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co doprowadziło do wyboru oferty, która powinna zostać odrzucona.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1)uwzględnienie odwołania w całości; oraz w konsekwencji:
- 2)unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
- 3)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- 4) przeprowadzenie ponownego badania oraz oceny ofert;
- 5) odrzucenie oferty wykonawcy;
- 6) wybór oferty JPD.

Ponadto odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt (dokumentów) postępowania przedłożonych przez zamawiającego, tj.: SWZ oraz innych dokumentów wskazanych przez odwołującego w treści odwołania.

Odwołujący wskazał, że wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem czynności zamawiającego przejawiające się w bezzasadnym uznaniu, że oferta wykonawcy spełnia wymagania i warunki określone w SWZ nie podlega odrzuceniu pomimo, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, prowadząc do bezpodstawnego wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, pozbawiły odwołującego realnej możliwości uzyskania zamówienia, w sytuacji w której złożył on ważną, tj. niepodlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu i daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP odwołujący poniesie szkodę, bowiem utraci szansę na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji, co przyniesie wymierną i niepowetowaną szkodę.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Zarzut naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W sytuacji, w której to na wykonawcy ciąży obowiązek, aby wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym wykazał zamawiającemu, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, na 3JM ciążył obowiązek, wykazania ponad wszelką wątpliwość, podpierając wyliczenia stosownymi dowodami, że przedstawiona kalkulacja, uwzględnia wszystkie wymagania zamawiającego, zakres oferty jest zgodny z przedmiotem zamówienia, a przedawnione na tę okoliczność dowody, potwierdzają słuszność tezy wykonawcy.

Zdaniem odwołującego, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zasadzie nie wyjaśniają niczego. Są ogólnikowe i lakoniczne i nie pozwalają na jakąkolwiek weryfikację poprawności kalkulacji dokonanej przez 3JM. Tym samym, analiza oferty wykonawcy i złożonych przez niego w następstwie wezwania zamawiającego wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, prowadzi do konkluzji, iż jego oferta powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP, bowiem wykonawca *de facto* wykazał, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przechodząc do oceny przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień, w pierwszej kolejności wskazać należy, iż w wyniku podjętych działań odwołujący uzyskał kosztorys inwestorski, dotyczący przedmiotowego zamówienia. Podkreślenia, przy tym wymaga, iż sam zamawiający kalkulując wartość przedmiotu zamówienia jako stawkę roboczogodziny przyjął wartość 25,57 zł.

Co istotne w okolicznościach niniejszej sprawy to fakt, iż zamawiający, zgodnie z Rozdziałem XII SWZ, wymagał, aby czynności w zakresie robót drogowych, nasadzeń szaty roślinnej, robót instalacyjnych (instalacje sanitarne i elektryczne), montażu urządzeń małej architektury były wykonywane przez osoby zatrudnione przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę.

Analizując, powyższą kwestię, poprzez pryzmat złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, należy stwierdzić, że wskazana przez 3JM stawka za jedną roboczogodzinę nie pokrywa pełnych kosztów zatrudnienia, bowiem opiewa ona na kwotę jedynie 18 zł.

Zestawiając powyższe, jedynie z kalkulacją zamawiającego, stwierdzić należy, iż stawka roboczogodziny przyjęta przez wykonawcę, jest zaniżona blisko o 30 %, w stosunku do tej przyjętej przez zamawiającego. Nie można przy tym tracić z pola widzenia faktu, że wysokość stawki minimalnej, regulowana jest przez powszechnie, obowiązujące przepisy prawa. Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r., obowiązująca od 1 lipca 2023 r. minimalna stawka godzinowa wynosi 23,50 zł.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami pełen koszt zatrudnienia, przy zaproponowanej stawce jaki będzie musiał ponieść pracodawca jest o ponad 23 % wyższy niż wzięta pod uwagę przez 3 JM stawka roboczogodziny. Wykonawca, uwzględniając w ofercie koszt roboczogodziny na poziomie 18,00 zł, kształtował cenę, poniżej stawki minimalnej godziny tj. 23,50 zł, ale potwierdził, przy tym *de facto*, że oferta w tym zakresie jest zaniżona o przeszło 23 %, wobec czego jest rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Kolejno wskazać należy, iż lektura wyjaśnień wykonawcy prowadzi do konkluzji, że wycena poszczególnych pozycji zestawienia robót, została znacząco zaniżona i odbiega od tej, przyjętej przez zamawiającego w kosztorysie inwestorskim. Nadto, z analizy przedmiotowego dokumentu wynika, że zakres oferty 3JM nie obejmuje, całego przedmiotu zamówienia.

Zestawiając, bowiem wycenę wykonawcy z miarodajnym, ukazującym realne koszty realizacji zamówienia, kosztorysem inwestorskim, należy stwierdzić, iż uwzględniona pozycja:

- nawierzchnie – została zaniżona o ponad 31 %;
- fontanna klasyczna – została zaniżona o ponad 33%
- fontanna dry-plaza – została zaniżona blisko 2,5 krotnie;
- rozbiórki nawierzchni – została zaniżona o ponad 38 %, w stosunku do wyceny zamawiającego, ujętej w kosztorysie inwestorskim.

Nadto, w ocenie odwołującego, wykonawca w treści oferty nie uwzględnił, co najmniej następujących pozycji, które wg. pozycji kosztorysu inwestorskiego, przedstawiają następujące wartości:

- ławki parkowe – 58.381,23 zł;
- ławki gabionowe – 41.649,67 zł;
- ławki alfabetyczne – 5.596,49 zł;
- ławki parametryczne – 56.627,04 zł;
- balustrady i poręcze – 128.964,21 zł;
- elastyczne kule – 1.888,27 zł;
- kosz na odpady – 21.679,32;
- stojak na rowery – 4.280,82 zł;
- ogrodzenie trawnikowe – 7.954,4 zł;
- stoły przy fontannie – 4.280,82 zł;
- podest z desek – 32.255,74 zł;
- plac zabaw, skwer, dostawa urządzeń – 162.293,11 zł;
- mury oporowe – 54.219,35 zł;
- schody terenowe – 1.892,62 zł;
- opaski odwadniające – 9.466,80 zł;
- krawężniki grantowe – 88.225,06 zł;
- bednarka stalowa – 81.278,77 zł;
- bortnice granitowe – 4.255,48 zł,

co prowadzi do wniosku, iż oferta wykonawcy, w stosunku do przedmiotu zamówienia, została zaniżona (nie skalkulowana) o ponad 765.189,2 zł, co stanowi ponad 26 % wartości oferty 3JM oraz przeszło 23 % wartości kosztorysowej zamówienia, wobec czego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Konkludując niniejszy zarzut, podkreślenia wymaga, iż złożone przez 3JM wyjaśnienia, dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, są lakonicznie, niewyczerpujące, a przede wszystkim nie zawierają dowodów, potwierdzających prawidłowość wyliczeń wykonawcy w zakresie złożonej oferty. Jednocześnie wykonawca, nie potwierdził, że w ramach złożonej oferty, wycenił cały zakres przedmiotu zamówienia.

Na marginesie podkreślenia jedynie wymaga, iż wbrew żądaniu zamawiającego, w piśmie 3JM próżno szukać wyjaśnień, odnośnie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Skoro wykonawca nie przedstawił chociażby wyjaśnień, w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, należy uznać, iż istnienie uzasadnione ryzyko, iż nie będzie ich przestrzegał, ze szkodą na rzecz swoich pracowników. Wykonawca, w wyjaśnieniach, wykazał przy tym dobitnie, że zatrudnia pracowników, poniżej stawki minimalnej, co jest jaskrawym naruszeniem powszechnie obowiązujących przepisów w tym zakresie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo że oferta wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przedmiotowy zarzut jest konsekwencją wykazania przez odwołującego zasadności zarzutu w przedmiocie zaofiarowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego możliwe jest zatem uznanie za czyn nieuczciwej konkurencji każdego sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami zachowania przedsiębiorcy, które nie tylko narusza interes innego przedsiębiorcy, ale również naruszeniem takim

zagraża. Odwołujący kwestionuje rzetelność sposobu obliczenia ceny oferty przez wykonawcę, który do kalkulacji ceny ofertowej, jako to zostało wykazane w ramach uzasadnienia zarzutu nr 1 przyjął nierynkowe stawki roboczogodziny, a zatem w sposób nieuprawniony zaniżyli cenę swojej oferty w wyniku zastosowania stawki za roboczogodzinę nie uwzględniającej wymagań określonych w SWZ oraz powszechnie obowiązujących przepisów w tym zakresie. Przyjmując zatem, iż wykonawca dla ustalenia ceny przyjął wartość kosztów poniżej ceny rynkowej należy uznać, iż działanie takie nie zasługuje na ochronę prawną i w realiach postępowania nie powinno się ostać. W jego rezultacie bowiem wykonawca bezpodstawnie uzyskał niższą cenę oferty w sposób naruszający interes innych wykonawców, w tym odwołującego, który przy ustalaniu ceny przyjęli koszty pracy zgodnie

z obowiązującymi przepisami oraz realiami rynkowymi. W związku z powyższym w ocenie odwołującego „pogorszyła się” konkurencyjność ofert tych wykonawców w zakresie kryterium ceny – w porównaniu do nieuczciwie skalkulowanej ceny wykonawcy. Na podkreślenie zasługuje również fakt, iż w ocenie odwołującego działanie takie jaskrawo narusza interes innych przedsiębiorców, polegający na dążeniu do uzyskaniu jak najlepszej pozycji w rankingu ofert – a co za tym idzie, pozyskaniu zamówienia publicznego - ma zatem też wymierny, materialny charakter. Działania podejmowane przez 3JM godzą zarówno w interes zamawiającego, jak również pozostałych wykonawców, biorących udział w postępowaniu,

w tym odwołującego narażając ich na wystąpienie niepowetowanej szkody. W stosunku do zamawiającego szkoda polega na tym, że działanie takie przełoży się na brak lub nienależytą realizację przedmiotu zamówienia, bowiem brak zaangażowania po stronie wykonawcy odpowiednich środków (osobowych i technicznych) skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia nie pozwoli na wywiązanie się z zobowiązań wynikających z przyszłej umowy.

W stosunku zaś do pozostałych wykonawców w tym odwołującego, szkodą jest brak możliwości złożenia konkurencyjnych ofert, a w konsekwencji utrata szansy na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym uzyskanie wynagrodzenia z tytułu jego realizacji

Zarzut art. 16 ustawy Pzp w zw. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp – prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez wybór oferty, która nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Opisany powyżej zarzut stanowi konsekwencję naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu. Prawo zamówień publicznych reguluje zasady przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Jedną z jego głównych zasad jest zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, która gwarantuje prowadzenie postępowania na jednakowych zasadach dla wszystkich ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający jako gospodarz postępowania jest zobowiązany do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z poszanowaniem przepisów prawa, w tym stypizowanych na gruncie PZP ww. norm. Zamawiający w sposób preferencyjny potraktował wykonawcę, który złożył nieprawidłowe wyjaśnienia w przedmiocie prawidłowej kalkulacji ceny oferty, stawiając w gorszej sytuacji pozostałych wykonawców, w tym odwołującego, którzy skrupulatnie wypełnili ww. obowiązki. Nieuzasadnione preferowanie niektórych wykonawców i ułatwianie im uzyskanie zamówienia publicznego stanowi czyn ograniczający konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Wskazania przy tym wymaga, że w interesie zamawiającego, ale przy tym także szeroko rozumianego interesu publicznego, winno być dokonanie wyboru nie tego wykonawcę, który oferuje najniższą cenę, lecz tego który spełniając warunki udziału w postępowaniu daje rękojmię należytego zamówienia, zwłaszcza zważywszy na przedmiot i skalę przedmiotowego zamówienia i konsekwencję ewentualnych zaniedbań.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.

Zarzutem nr 1 odwołujący próbuje wykazać, że przystępujący przedłożył w postępowaniu ofertę zawierającą rażąco niską cenę. Jednakże w istocie przedstawiona przez odwołującego argumentacja oparta jest o błędne założenia i przedstawia stan nieodpowiadający rzeczywistości.

Zamawiający zwraca uwagę, że choć art. 537 ustawy Pzp, statuuje zasadę odwróconego ciężaru dowodu odnośnie wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, punktem wyjścia do rozważań w tym zakresie w ramach postępowania odwoławczym powinna być treść odwołania, a w szczególności przedstawione w nim zarzuty. Określony w art. 537 p.z.p. ciężar dowodu nie zwalnia odwołującego od fachowego przedstawienia zarzutów odwoławczych dotyczących wystąpienia rażąco niskiej ceny u konkurencyjnego wykonawcy.

Zdaniem zamawiającego, odwołujący nie przedstawił żadnych przekonujących argumentów pozwalających uznać, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

W istocie odwołujący odnosi się jedynie do następujących elementów oferty przystępującego, mających rzekomo świadczyć o zaferowaniu przez niego rażąco niskiej ceny:

1.zadeklarowana w wyjaśnieniach przez odwołującego stawka za jedną roboczogodzinę jest rzekomo zaniżona względem stawki przyjętej w kosztorysie ofertowym i względem wysokości minimalnej stawki godzinowej obowiązującej

od dnia 1 lipca 2023 roku;

2.z przedstawionej w wyjaśnieniach tabeli pn.: "zestawienie elementów do wyceny robót" rzekomo wynika, że zakres oferty przystępującego nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia.

W celu wykazania swoich twierdzeń, odwołujący relatywizuje twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach przystępującego do treści kosztorysów inwestorskich uzyskanych przez zamawiającego. Jest to ryzykowne założenie, gdyż kosztorysy inwestorskie są dokumentami niepodlegającymi ujawnieniu przed otwarciem ofert, również w drodze dostępu do informacji publicznej. Oczywistym jest zatem, że kształtując ofertę wykonawcy mogą przyjąć kryteria odmienne od przyjętych przez autorów kosztorysów inwestorskich, co może przynieść zupełnie inne wyniki w zakresie kalkulacji ceny. Dokładnie to zjawisko widać na przykładzie niniejszego postępowania, gdzie najtańsza oferta wynosi 76,46% wartości przedmiotu zamówienia, zaś najdroższa oferta wynosi 184,24% wartości przedmiotu zamówienia.

Co więcej, w dokumentacji zamówienia udostępnionej wykonawcom nie były udostępnione jakiegokolwiek przedmiary bądź inne dokumenty zawierające konkretne zalecenia odnośnie kalkulacji ceny ofertowej w oparciu o poszczególne elementy cenotwórcze.

Powyższe obrazuje, że przyjęcie przy kalkulacji oferty stawki 18 zł za roboczogodzinę nie powinno być dyskwalifikujące tylko z tego powodu, że kosztorys ofertowy na roboty branży budowlanej przewidywał stawkę 25,57 złotych za roboczogodzinę. W istocie przedstawiona przez przystępującego stawka roboczogodziny powinna zostać zweryfikowana autonomicznie, w szczególności pod kątem możliwości realizacji prac.

Odwołujący popełnił kardynalny błąd, bezkrytycznie porównując wysokość zaproponowanej stawki roboczogodziny do obowiązującej od 1 lipca 2023 roku tzw. minimalnej stawki godzinowej, jednocześnie wyciągając z tego wniosku zbyte daleko idące wnioski (np. że przystępujący „*zatrudnia pracowników poniżej stawki minimalnej, co jest jaskrawym naruszeniem powszechnie obowiązujących przepisów w tym zakresie*”).

Po pierwsze, odwołujący nie raczył wskazać, że do stawki roboczogodziny wynoszącej 18 złotych przystępujący dolicza jeszcze 65% kosztów narzutu oraz 10% zysku. Suma ww. składników wynosi 31,50 złotych, a bez uwzględnienia zakładanych zysków 29,70 złotych.

Po drugie, odwołujący nie zauważa, że minimalna stawka godzinowa, o której mowa w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) oraz w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz. U. poz. 1952) jest stawką brutto, czyli już uwzględniająca koszty w postaci składek na ubezpieczenia społeczne, zaliczki na podatek dochodowy, inne koszty pracodawcy, etc. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.04.2021 r., XXIII Zs 20/21: *Izba nadmieniła, że z przedstawionego dowodu wynika, że jako wartość wyjściową do wyliczenia minimalnej stawki kalkulacyjnej stawki w budownictwie dla robót budowano-montażowych w Polsce przyjęto:*

- 1.obowiązujące minimalne wynagrodzenie miesięczne w gospodarce narodowej w 2020 r., tj. 2.600 zł brutto,
- 2.średni miesięczny czas pracy dla 2020 r. wynoszący 159 godzin.

*Po podzieleniu ww. kwoty przez średni miesięczny czas pracy, wyjściowa stawka za roboczogodzinę wynosi 15,3846 zł. Izba zaznaczyła, że powyższą stawkę roboczogodziny uzupełnia się o szereg narzutów podstawowych (ubezpieczenia emerytalne, ubezpieczenia rentowe, ubezpieczenia wypadkowe, Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, Fundusz Emerytur Pomostowych, absencja chorobowa za pierwsze 33 dni nieobecności opłacana przez pracodawcę), które wynoszą 3,8677 zł/godzinę. Również wyjściową stawkę za roboczo-godzinę uzupełnia się o narzuty dodatkowe takie jak wymiar urlopu wypoczynkowego, ekwiwalentu za odzież roboczą, ekwiwalent za pranie odzieży roboczej, koszty jednego obowiązkowego corocznego badania lekarskiego co daje kwoty do roboczo - godziny w wysokości 2, 3964 złotych. Ogółem narzuty na stawkę minimalną wynoszą 6,2641 zł/godzinę (...) Wyjaśnić należy, że zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., minimalna stawka godzinowa od 1 stycznia 2020 r. wynosiła 17 zł brutto, a minimalne wynagrodzenie za pracę 2.600 zł brutto. Biorąc pod uwagę średniomiesięczny godzinowy wymiar pracy w 2020 r. wynoszący 169 godzin, należy przyjąć, że w odniesieniu do stosunku pracy minimalne wynagrodzenie godzinowe kształtowało się na poziomie 15,38 zł brutto. Tymczasem stawka roboczogodziny zastosowana przez wykonawców (...) i (...) do ustalenia ceny ofertowej wynosiła 17 zł netto. W świetle powyższego słuszne było stanowisko Izby, że przyjęta przez tych wykonawców stawka była skalkulowana na poziomie przewyższającym minimalne wynagrodzenie godzinowe za pracę, a co za tym idzie ich oferty nie zawierały rażąco niskiej ceny”.*

Skoro odwołujący odwołuje się do faktu wymogu zatrudniania na umowę o pracę, warto przyjrzeć się w jaki sposób kształtuje się wynagrodzenie za pracę w II poł. 2023 roku przy założeniu, że w okresie od 1 lipca 2023 roku do 31 grudnia

2023 roku minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3600 zł brutto; w okresie od 1 lipca 2023 roku do 31 grudnia 2023 roku wymiar czasu pracy wynosi 1000 godzin co daje 166 godzin średniego miesięcznego wymiaru czasu pracy; na kwotę 3.600,00 złotych brutto składają się koszty w postaci ubezpieczenia emerytalnego (9,76%), ubezpieczenia rentowego (1,5%), ubezpieczenia chorobowego (2,45%), ubezpieczenia zdrowotnego (7,77%) oraz zaliczka na podatek dochodowy (1,19%).

Przy powyższych założeniach, kwota netto wynosi 77,33%, co daje wynik: 2.783,86 złotych.

Z kolei uzyskana kwota netto (2.783,86 złotych) podzielona przez średni miesięcy wymiar czasu pracy w II pół 2023 r. (166 godzin) daje wynik: 16 77 zł/h.

Warto jeszcze zwrócić uwagę, że oprócz kwoty brutto, pracodawca ponosi również narzuty w postaci ubezpieczenia emerytalnego (8,1%), ubezpieczenia rentowego (5,4%), ubezpieczenia wypadkowego (Funduszu Pracy (2,03%) oraz Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych (0,08%). Jeżeli kwota brutto minimalnego wynagrodzenia za pracę wynosi 3.600,00 złotych łączne koszty pracodawcy wynoszą kwotę 4.337,28 złotych miesięcznie. Uzyskana kwota podzielona przez średni miesięczny wymiar czasu pracy w II pół 2023 r. (166 godzin) daje wynik: 26,13 zł/h.

Powyższe oznacza, że kalkulacja roboczogodziny przedstawiona przez przystępującego nie stoi w sprzeczności z rzeczywistą strukturą minimalnego wynagrodzenia za pracę, zatem zarzuty odwołującego w tym zakresie są całkowicie chybione.

Odwołujący próbuje przekonywać, że przedstawiona przez przystępującego w swoich wyjaśnieniach wycena nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia. W swoich twierdzeniach odwołujący ponownie odwołuje się do treści kosztorysów inwestorskich, które (jak już wcześniej zostało wykazane) nie były dokumentami ujawnianymi wykonawcom przed otwarciem ofert. W konsekwencji wykonawcy przy kształtowaniu swoich ofert na potrzeby niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia nie byli związani treścią kosztorysów inwestorskich, lecz bazowali na innych dokumentach, w szczególności na dokumentacji projektowej. Co więcej, w celu udowodnienia swojej tezy, odwołujący przedstawił tabelę porównującą poszczególne pozycje zawarte w kosztorysach inwestorskich z danymi zawartymi w wyjaśnieniach przystępującego z dnia 14.11.2023 r. Abstrahując od powyższych zastrzeżeń co do przyjętej przez odwołującego metodologii, zamawiający zwraca uwagę,

że zawarte w odwołaniu zestawienie jest zrobione nierzetelnie, może wprowadzać w błąd i jest pozbawione waloru wiarygodności.

Po pierwsze, odwołujący powielił część pozycji z tabeli elementów scalonych zawartych w kosztorysie inwestorskim branży budowlanej. Odwołujący wydzielił bowiem w swojej tabeli pozycje: nawierzchnie - 815.416,45 zł, mury oporowe - 54.219,35 zł, schody terenowe - 1.892,62 zł, opaski odwadniające - 9.466,80 zł, krawężniki grantowe - 88.225,06 zł, bednarka stalowa - 81.278,77 zł, bortnice granitowe - 4.255,48 zł.

Tymczasem w kosztorysie inwestorskim dla branży budowlanej ww. elementy są oznaczone w następujący sposób:

- 6. nawierzchnie - 815.416,45 zł
- 6.4. schody terenowe - 1.892,62 zł
- 6.5. mury oporowe - 54.219,35 zł
- 6.6. opaski odwadniające - 9.466,80 zł
- 6.7. krawężniki grantowe - 88.225,06 zł
- 6.8. bednarka stalowa - 81.278,77 zł
- 6.9. bortnice granitowe - 4.255,48 zł

Innymi słowy, pozycje od 6.4. do 6.9. są częściami składowymi pozycji 6, zatem odwołujący powielił w swojej tabeli zakres prac dotyczących wykonania nawierzchni. W ten sposób odwołujący sztucznie powiększył zakres przedmiotu zamówienia w tabeli a w konsekwencji również i ilość pozycji rzekomo niewycenionych przez przystępującego.

Po drugie, wartości wskazane w tabelach elementów scalonych kosztorysów inwestorskich są wartościami netto, tj. nieobejmującymi wartości podatku VAT. Powyższe oznacza,

że wszystkie pozycje zawarte w kolumnie „3JM B.” w tabeli zawartej w odwołaniu powinny również uwzględniać zakładany przez przystępującego zysk w wysokości 10%, gdyż taką pozycję przystępujący przewidział w swojej kalkulacji przedstawionej w wyjaśnieniach z 14.11.2023 roku. W konsekwencji wszystkie wartości w przedmiotowej kolumnie powinny zostać zwiększone o 10%.

Po trzecie zaś, nietrudno zauważyć, że w swoich wyjaśnieniach przystępujący przyjął taką metodologię odnośnie wyodrębnienia poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia podlegających wycenie, która nie jest zbieżna z metodą przyjętą w kosztorysach inwestorskich. Nie oznacza to jednak, że wyróżnione przez odwołującego konkretne pozycje nie zostały w ogóle przez przystępującego wycenione.

Wobec faktu, że dokumentacja przetargowa nie zawierała przedmiarów robót, bądź innych dokumentów umożliwiających bardziej szczegółową wycenę poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia, wykonawcy wyceniali zakres prac na podstawie dokumentacji projektowej załączonej do SWZ. Wobec powyższego

wykonawcy mieli większą swobodę w wyodrębnianiu i opisywaniu najistotniejszych elementów podlegających wycenie. Jednocześnie przystępujący w swoich wyjaśnieniach z 14.11.2023 roku wyraźnie oświadczył, że „wycena obejmuje zakres ETAPU przeznaczanego przez zamawiającego do realizacji określonego w załączonym do przetargu PZT z zaznaczonym zakresem realizacji”.

Zaproponowany przez przystępującego podział elementów wyceny nie jest sprzeczny z zakresem przedmiotu zamówienia, przewidzianym w rozdziale VI pkt 1 SWZ. W kontekście złożonego przez przyjmującego oświadczenia można przyjąć, że następujące elementy przedmiotu zamówienia wymienione w OPZ:

11

1)modernizacja ciągów pieszych i nawierzchni — została przez Przystępującego wyceniona pod poz. 8 (Nawierzchnie Ścieżki spacerowe);

2)rewaloryzacja szaty roślinnej została przez Przystępującego wyceniona pod poz. 2 (Zagospodarowanie zielenią);

3)modernizacja oświetlenia - została przez Przystępującego wyceniona pod poz. 9 (Instalacje elektryczne);

4)modernizacja lub wymianie murków oporowych i schodów terenowych - została przez Przystępującego wyceniona pod poz. 8 (Nawierzchnie Ścieżki spacerowe);

5)wprowadzenie małej architektury i wyposażenia — zostało przez Przystępującego wycenione pod poz. 3 (Altana widokowa), 6 (Ławki parkowe) oraz 7 (Pozostałe wyposażenie zakresu);

6) wykonanie skweru rekreacyjnego - zostało przez Przystępującego wycenione pod poz. 7 (Pozostałe wyposażenie zakresu);

7)wykonanie dwóch fontann - zostało przez Przystępującego wycenione pod poz. 4 (Fontanna dry-plaza) oraz 5 (Fontanna klasyczna);

8)wykonanie przyłączy wodno-kanalizacyjnych do fontann zostało przez Przystępującego wyceniona pod poz. 10 (Instalacje sanitarne).

Wskazane w wyjaśnieniach z 14.11.2023 roku kwoty nie budzą zastrzeżeń zamawiającego, w szczególności, że łączna wartość brutto ceny ofertowej, tj. 2.890.000,00 złotych jest:

-o 5,47% niższa od kwoty, jaką zamawiający planuje przeznaczyć na realizację zamówienia,

-o 23,53% niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia,

co w żaden sposób nie pozwala przyjąć, że zaoferowana przez przystępującego cena jest „rażąco” niska.

Powyższe oznacza, że przystępujący przekonał w swoich wyjaśnieniach, że jest w stanie zrealizować zamówienie po zaoferowanej cenie. Odwołujący zaś, nie tylko nie przedstawił jakichkolwiek przekonujących argumentów, ale i wykazał się nieznaną rzeczywistości rynkowej i brakiem rzetelności.

Ponieważ zarzuty nr 2 i 3 odwołania są pochodnymi ustaleń poczynionych w zarzucie nr 1 (co odwołujący sam przyznaje w uzasadnieniu odwołania), powyższe ustalenia automatycznie wykluczają możliwość przyjęcia, że w niniejszej sprawie przystępujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, zaś postępowanie było prowadzone w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W tym kontekście należy szczególną uwagę zwrócić na fakt, że podstawą faktyczną do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 p.z.p. nie było zaoferowanie ceny niższej o 30% od ustalonej wartości zamówienia (gdyż cena ta była niższa jedynie o 23,53%), lecz zaoferowanie ceny niższej o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 p.z.p., która wyniosła wartość 4.822.550,44 zł.

W takich sytuacja należy szczególną uwagę zwrócić na kształt, jaki przyjmują oferty najdroższe. Mogą one bowiem prowadzić do wypaczenia średniej arytmetycznej i spowodować, że oferty najtańsze będą przedmiotem badania pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny, mimo, że w normalnych warunkach procedura ta nie byłaby prowadzona.

W niniejszym postępowaniu ewidentnie doszło do takiej sytuacji. Zostały bowiem złożone oferty, które opiewały na kwoty:

- 5.968.999,35 złotych, tj. o 57,94% droższa od ustalonej przez zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia;

- 6.963.151 ,84 złotych, tj. o 84,24% droższa od ustalonej przez zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia.

Mimo powstałych wątpliwości, zamawiający nie dostrzegł podstaw do odrzucenia ww. ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Następnie zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 p.z.p., a po ich uzyskaniu, dokonał należytej ich weryfikacji. Wobec powyższego nie można działaniom zamawiającego zarzucić, że jego działania preferowały któregokolwiek z wykonawców bądź prowadziły do wystąpienia szkody u któregokolwiek z nich.

Przystępujący wskazał, co następuje.

Z faktu zaoferowania ceny niższej od średniej ofert nie można automatycznie wywodzić pewności tezy o rażąco

niskiej cenie, w sytuacji, gdy cena ta nie odbiega w sposób istotny od realiów rynkowych. Biorąc pod uwagę wyjaśnienia i dowody złożone przez wykonawcę

w przedmiotowym postępowaniu, nie sposób uznać, że cena przez niego wskazana jest oderwana od realiów rynkowych, bowiem dołożył wszelkiej staranności, by brak rażąco niskiej ceny udowodnić, w tym składając wyjaśnienia w szerszym zakresie, niż był do tego zobowiązany przez zamawiającego. Wykonawca dokonał wyceny poszczególnych zakresów przy zachowaniu reguł rynkowych, co wykazał, przedstawiając nie tylko oczekiwaną przez zamawiającego kalkulację kosztów, ale również dodatkowo stosowne oświadczenia. Brak podstaw, by przedmiotowym materiałom odmawiać z góry mocy dowodowej, ewentualnie dyskredytować je – jak to ma miejsce w odwołaniu – jako niepełne.

Dla przystępującego faktem oczywistym jest, że ciężar udowodnienia w zakresie wykazania, iż cena bądź koszt nie są rażąco wysokie, spoczywa na wykonawcy. Przystępujący w piśmie z 14 listopada 2023 r. dokonał szczegółowego wykazania, iż zarzut rażąco niskiej ceny nie jest uzasadniony. Przystępujący wymienił i opisał wszelkie elementy wpływające na zaoferowaną przez niego cenę, jak również przedstawił dowody w postaci kalkulacji wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim wezwał go do tego zamawiający, co zasadniczo też nie było wymagane zgodnie z postanowieniami SWZ. Przystępujący nie dokonał pominięcia żadnej części składowej, a wyjaśnieniami udowodnił to, co w świetle stanu faktycznego można fizycznie udowodnić.

Przystępujący przedłożył dowody na potwierdzenie braku rażąco niskiej ceny, a nawet gdyby takich dowodów nie przedłożył, nie oznaczałoby to automatycznego uznania, że oferta zawierała rażąco niską cenę. Przywołania wymaga w tym miejscu wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1191/23, w którym w skazano, że z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy.

Wyjaśnienia przystępującego nie były ogólnikowe, jak sugeruje odwołujący, gdyż kompletności i przejrzystości wyjaśnień nie można oceniać poprzez analizę, czy przystępujący udzielił wyjaśnień dokładnie w taki sposób, jaki stara się sugerować odwołujący, ale czy wykazał za pomocą dowolnych, dostępnych mu środków, iż jego cena nie jest rażąco niska. Podkreślić w tym miejscu należy, iż wezwanie do wyjaśnienia braku rażącej ceny nie ma charakteru zerojedynkowego, tj. nawet ewentualny brak udzielenia odpowiedzi na postawione przez zamawiającego pytanie (co w niniejszym przypadku nie miało miejsca, gdyż przystępujący udzielił informacji w każdym oczekiwanym przez zamawiającego zakresie) nie daje podstaw do odrzucenia oferty w sytuacji, gdy pozostałe dowody i wyjaśnienia wykazują, iż nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną.

W wezwaniu zamawiający oczekiwał od przystępującego przedstawienia kalkulacji, a nie, jak stara się wykazywać odwołujący i na tym opierać główną argumentację odwołania, że przystępujący miał wykazać wszystkie koszty wykonania zamówienia. Zamawiający nie oczekiwał i nie żądał przedstawienia wszystkich kosztów wykonania zamówienia, gdyż na dzień złożenia oferty w postępowaniu w formule ryczałtowej żaden wykonawca nie zna jeszcze wszystkich konkretnych i szczegółowych elementów zamówienia. Hipotetyczne żądanie zamawiającego byłoby zatem dysfunkcjonalne, niemożliwe do rzetelnego wykonania przez przystępującego (i każdego innego przedsiębiorcę będącego na jego miejscu) i weryfikacji przez zamawiającego. Formuła przetargu charakteryzuje się na etapie oferty na ogólnych założeniach projektu, do czego wystarczyłoby wyłącznie umiejętność mnożenia, dzielenia, dodawania i odejmowania. Przenosząc powyższe na zaistniały stan faktyczny, warto przywołać to, co słusznie zostało podniesione przez Izbę w wyroku z 22 maja 2023 roku sygn. KIO 1166/23 „*W przypadku wyjaśnień udzielanych na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 p.z.p., nie jest konieczne przedstawienie przez wykonawcę - w każdym przypadku - wycień dotyczących wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego*”.

Tym samym, jeżeli nawet przy wynagrodzeniu kosztorysowym w ocenie Izby nie jest wymagane przedstawienie w ramach obligatoryjnych wyjaśnień wszystkich elementów kosztorysu ofertowego, to tym bardziej takiego obowiązku nie miał przystępujący przy składaniu wyjaśnień przy cenie ryczałtowej. Należy stwierdzić, że wyjaśnienia przystępującego były rzeczowe, konkretne, odpowiadały na wszelkie pytania zawarte w wezwaniu zamawiającego oraz zawierały dowody, które przekonały zamawiającego, iż cena zaoferowana przez przystępującego jest rynkowa oraz gwarantuje wykonanie zamówienia

w sposób należyty. Zaznaczyć należy, że otrzymawszy wyjaśnienia przystępującego, zamawiający miał, teoretycznie rzecz biorąc, 3 możliwości dalszego działania. Po pierwsze, mógł je uznać (w kontekście ich treści, jak również wiedzy, jaką dysponował z urzędu) za wystarczające – co też miało miejsce. Po drugie – mógł stwierdzić, że wyjaśnienia nie uzasadniają ceny oferty, co skutkowałoby jej odrzuceniem. W ostateczności zamawiający miał możliwość zwrócenia się o sprecyzowanie wyjaśnień, której to czynności zaniechał w kontekście satysfakcjonującego charakteru wyjaśnień.

Zamawiający nie oczekiwał wykazania cen poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, a tym samym nie wskazał, jak bardzo szczegółowa czy też konkretna ma być kalkulacja, której oczekiwał w ramach wezwania do złożenia wyjaśnień. Zamawiający nie narzucił zatem przystępującemu określonego sposobu kalkulacji. Tym bardziej nie można

się zgodzić z próbą takiego niedopuszczalnego narzucenia kalkulacji przez odwołującego (KIO 414/23). Skorzystanie z takiej czy innej metodyki sporządzenia kalkulacji własnej może wynikać z przyjętego przez wykonawcę modelu prowadzenia określonej działalności gospodarczej. Przyjęty przez danego wykonawcę mechanizm szacowania ceny oferty może zakładać uwzględnianie danego rodzaju kosztów w innych kosztach i elementach składających się na cenę ofertową, co oznacza, że koszty te mogą być uwzględnione w cenie oferty, ale nie są wyszczególnione i widoczne w ofercie czy złożonych wyjaśnieniach. Zamawiający słusznie zaniechał tego rodzaju praktyk. Prowadzić one bowiem mogą do formułowania w stosunku do uczestników postępowania wymogów formalnych, których – z przyczyn wskazanych powyżej – nie mogą oni spełnić, ewentualnie ich realizacja jest dalece utrudniona. Zauważyć w tym kontekście należy, iż konsekwencją tego rodzaju uchybień byłoby odrzucenie oferty danego wykonawcy.

Przystępujący wskazuje, że cena ofertowa zawiera wszystkie elementy, jakich zamawiający żądał od wykonawców na etapie całego postępowania przetargowego oraz że cena podana w ofercie jest ceną ofertową sporządzoną na podstawie wszystkich materiałów przetargowych. Bezasadny jest zarzut braku oświadczenia, że cena obejmuje całość zamówienia. Oświadczenie tego rodzaju złożone zostało w ofercie, a zamawiający – skądinąd słusznie – nie wymagał jego powtórzenia.

Mając na względzie argumentację wskazaną powyżej oraz uwzględnienie wyjaśnień przez zamawiającego, zdaniem przystępującego nie jest on zobowiązany do wykazywania czy udowadniania zawarcia w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny ujęcia wszystkich elementów wskazywanych przez odwołującego jako rzekomo niezawartych w treści oferty, czy też wyjaśnienia stawki roboczogodziny. Oferta w niniejszym postępowaniu nie zawierała żadnego kosztorysu czy rozbicia poszczególnych jej cen składowych. Jedynym wymogiem co do ceny było zaoferowanie jednej ceny ryczałtowej za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Zarzut wskazania stawki roboczogodziny niższej niż kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę. Przystępujący wskazuje, iż zaoferowana przez niego stawka roboczogodziny ma charakter rynkowy i nie narusza bezwzględnie obowiązujących norm prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę. Przypomnieć i wyjaśnić w tym miejscu należy, że – co nie budziło wątpliwości zamawiającego – że podana w wyjaśnieniach kwota 18 zł objęta była narzutami w wysokości 65%. Fakt ten wynika wprost z przedmiotowych wyjaśnień. Wskazane przez przystępującego narzuty to właśnie obciążenia natury publicznoprawnej, w tym z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne i PIT. Po ubruttowaniu przedmiotowej kwoty otrzymujemy sumę 29,70 zł; Dodawszy zaś wskazaną przez Przystępującego 10-procentową marżę: 32,67 zł lub 31,50 zł, w zależności od tego, czy marżą objęte byłyby narzuty, czy nie. Przedmiotową kwotę należy uznać za wartość rynkową, zwłaszcza mając na uwadze przedmiot zamówienia publicznego. Nie ma też mowy o naruszeniu zasad dot. minimalnego wynagrodzenia za pracę, jako że wartość ta jest przekroczona. Przystępujący wprost wskazał w wyjaśnieniach, że przestrzega zasad dot. płacy minimalnej. Poczynienie tego rodzaju zastrzeżenia, by w następnym zdaniu stwierdzić – teoretycznie – coś zupełnie przeciwnego, byłoby z jego strony skrajnie nielogiczne.

Przystępujący zamierza realizować zamówienie samodzielnie, przy wykorzystaniu własnych zasobów i bez udziału podwykonawców. Oznacza to, że w trakcie realizacji będzie miał pełną kontrolę nad bieżącymi kosztami i możliwością ich optymalizacji, chociażby

w kontekście przywołanej w wyjaśnieniach równoległej realizacji innego przedsięwzięcia na terenie Grudziądza.

Niezależnie od tego podnieść należy, że przywołany przez odwołującego kosztorys inwestorski nie był elementem SWZ, a w konsekwencji nie stanowi wiążącego punktu odniesienia dla oceny poprawności kalkulacji danej oferty. Wskazane tam kwoty i wskaźniki stanowią jedynie pewną symulację, na bazie której zamawiający przygotował budżet dla prowadzonego postępowania. Opiera się on zresztą na odmiennych od przyjętych przez przystępującego stawce rbg, poziomie kosztów i marży. Sama stawka została zaś zapewne podana z uwzględnieniem narzutów, które przystępujący wyodrębnił w swych wyjaśnieniach.

Przystępujący wskazał, że na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie był zobowiązany do przedłożenia kalkulacji zgodnej z kosztorysem inwestorskim, tj. materiałem, który nie wchodził w zakres dokumentacji postępowania. Na marginesie, przedstawiony kosztorys nie stał się też na zasadzie 1:1 podstawą ustalenia budżetu. Opiewa on bowiem na sumę 3.057.281,54 zł. Zamawiający brał zatem pod uwagę, że poszczególne pozycje wynikające z kosztorysu mają charakter zbędny lub ich wartość została zawyżona. Tym bardziej nie sposób traktować tego materiału jako wykładnika realnych kosztów zamówienia.

Niezależnie od tego przystępujący wskazuje, że odwołujący przyjął na potrzeby swej kalkulacji błędne dane wyjściowe. Po pierwsze, wskazał on proponowane przez przystępującego stawki za wykonanie poszczególnych zakresów po kosztach, czyli nie uwzględnił 10% marży. Przytaczając zaś pozycje z kosztorysu inwestorskiego, uwzględnił zysk na poziomie 11% lub 11,2%. W istocie zatem rozbieżności pomiędzy poszczególnymi pozycjami winny być niższe. W ujęciu globalnym rozdźwięk między ceną przystępującego, a kosztorysem inwestorskim winien być zatem zmniejszony o sumę 213.599,41 zł netto. Wyliczenia odwołującego bazują na błędnych danych wyjściowych i w konsekwencji ich konkluzje są zawyżone.

Teza o braku w kalkulacji poszczególnych elementów jest zatem całkowicie nieuzasadniona. Wymagane przez zamawiającego części składowe przedmiotu umowy zostały bowiem ujęte w poszczególnych kategoriach kalkulacji, jak np. zagospodarowanie zieleni. Kalkulacja przystępującego opiewa chociażby na kategorię „dodatkowe wyposażenie”, której zamawiający nie stosował, a która opiewa na 100.000 zł. Wskazania ponadto wymaga, że szereg pozycji został przez przystępującego wyceniony drożej, w tym instalacje wodne i kanalizacyjne, instalacje elektryczne, ławki parkowe.

Zdaniem przystępującego, odwołujący albo nie zapoznał się rzetelnie z przedstawionym materiałem dowodowym, albo świadomie nim manipuluje. Dubluje bowiem poszczególne pozycje kosztorysowe, w sposób sztuczny zwiększając kwotę po stronie kosztorysu

i rozbieżność pomiędzy nim i ofertą przystępującego. Zgodnie zaś z kosztorysem kategoria „Nawierzchnie” obejmuje wyodrębnione przez odwołującego mury oporowe, schody terenowe, opaski odwadniające, krawężniki grantowe, bednarkę stalową i bortnice granitowe, czyli szereg elementów, których przystępujący rzekomo nie wycenił.

Nawet gdyby uznać treść kosztorysu za wiążącą, to zauważyć należy, że zestawivszy globalną cenę przystępującego i wartości wynikające z kosztorysu inwestorskiego, zauważyć należy, że rozbieżność ta nie ma charakteru rażącego i oscyluje w granicach 20%. Nie ma zatem podstaw, aby traktować cenę przystępującego w kategoriach rażąco niskiej.

W ww. kontekście stwierdzić należy, że działanie przystępującego nie może być postrzegane w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji. Jego oferta nosiła znamiona rynkowej i zgodnej z normami szczególnymi. Postawiony przez odwołującego zarzut jest zatem bezpodstawny.

Odwołujący nie wykazał tym samym, aby zamawiający w jakikolwiek sposób nierówno traktował wykonawców uczestniczących w postępowaniu, czy też traktował przystępującego preferencyjnie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych

w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz przystępującego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza dzieląc w całości stanowisko zamawiającego i przystępującego (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów”), wskazuje, co następuje.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że: (i) złożone wyjaśnienia, dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, są lakonicznie, niewyczerpujące, a przede wszystkim nie zawierają dowodów, potwierdzających prawidłowość wyliczeń wykonawcy w zakresie złożonej oferty; (ii) wykonawca, wbrew wezwaniu zamawiającego, nie przedstawił wyjaśnień w zakresie przez niego żądanym tj. m.in. zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; (iii) wykonawca, nie potwierdził, że w ramach złożonej oferty, wycenił cały zakres przedmiotu zamówienia; (iv); wykonawca, potwierdził, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, wyjaśnienia złożone przez przystępującego odpowiadają wprost na wezwanie zamawiającego, jakie w przedmiotowym postępowaniu określił zamawiający. Zamawiający kierując do przystępującego wezwanie w trybie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, przytoczył brzmienie art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, podkreślając jednocześnie, iż przystępujący, ze względu na charakter zamówienia, winien złożyć wyjaśnienia, co najmniej w odniesieniu do pkt 4 i 6

ww. przepisu: (4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy

i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie).

Przystępujący składając wymagane wyjaśnienia opisał okoliczności związane z możliwością zrealizowania przedmiotu zamówienia za określoną w ofercie cenę, przedstawiając w formie tabelarycznej najbardziej istotne elementy zamówienia wraz z ich wyceną. Podał również informację o stawce za 1 roboczogodzinę pracy zatrudnianych pracowników.

Odwolujący kwestionuje stawkę podaną przez przystępującego nie biorąc pod uwagę okoliczności, że stawka podana przez przystępującego była stawką netto, do której należało doliczyć odpowiednie narzuty. Przystępujący podał bowiem, że „(...) firma 3JM zatrudnia pracowników spełniając warunki ustawy o minimalnym wynagrodzeniu i do przygotowania oferty została użyta stawka ceny Rg – 18zł. + 65% koszty narzutu + 10 % zysk. Oświadczam, iż firma 3JM wypełnia wymagania określone w Ustawa z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r., poz. 2207), oraz przepisy z zakresu prawa pracy i ubezpieczenia społecznego”.

Zdaniem Izby, wskazane przez przystępującego narzuty to właśnie obciążenia natury publicznoprawnej, w tym z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne i PIT. Po ubruttowieniu przedmiotowej kwoty otrzymujemy sumę 29,70 zł. Przedmiotową kwotę należy uznać za wartość rynkową, zwłaszcza mając na uwadze przedmiot zamówienia publicznego. Nie ma też mowy o naruszeniu zasad dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę, jako że wartość ta jest przekroczona. Tym samym zarzuty odwołującego w omawianym zakresie uznać należało za bezzasadne.

W wezwaniu zamawiający oczekiwał od przystępującego przedstawienia kalkulacji, a nie, jak stara się wykazywać odwołujący i na tym opierać główną argumentację odwołania, że przystępujący miał wykazać wszystkie koszty wykonania zamówienia. Zamawiający nie oczekiwał i nie żądał przedstawienia wszystkich kosztów wykonania zamówienia.

Zamawiający w dokumentacji postępowania, opisując przedmiot zamówienia powoływał się na dokumentację projektową oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, stanowiące załącznik nr 5 do SWZ. Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą żadnych dodatkowych dokumentów poza formularzem ofertowym, w tym w szczególności nie wymagał złożenia kosztorysów ofertowych czy innych tego typu dokumentów.

Wobec powyższego wykonawca, w tym przypadku przystępujący, wyjaśniając cenę ofertową mógł wskazać na te elementy zamówienia, które są dla niego najbardziej istotne. Nie ulega też wątpliwości, że w ramach tych pozycji mógł skumulować wycenę tych elementów

z uwzględnieniem całego zakresu zamówienia opisanego przez zamawiającego

w dokumentacji przetargowej. Wynika to z faktu braku określenia przez zamawiającego jednolitego wzorca dotyczącego wyliczenia poszczególnych pozycji, które zostały podane

w sposób opisowy oraz charakteru wynagrodzenia, który został ustalony w tym postępowaniu jako ryczałtowy, czyli obejmujący cały zakres zamówienia wraz z ryzykami związanymi z jego realizacją.

Indywidualne podejście przystępującego do wyceny nie może zatem następczo wywoływać negatywnych skutków wobec wykonawcy. Odwołujący powołując inny zakres ma do tego prawo, jednakże nie może to znaleźć bezpośredniego odniesienia do wyceny przygotowanej przez przystępującego. Każdy wykonawca, w sytuacji w jakiej mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, tj. przy cenie ryczałtowej i przy braku jednolitego wzorca jej wyliczenia narzuconego przez zamawiającego, ma pełną swobodę do jej kalkulowania

i przedstawienia zamawiającemu w przypadku takiego żądania. Okoliczność, iż odwołujący

w sposób odmienny od przystępującego dokonał wyliczenia i kumulowania niektórych pozycji wchodzących w zakres zamówienia, nie może negatywnie oddziaływać na sytuację prawną

i faktyczną przystępującego. Dlatego też Izba uznała, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia obejmują i dotyczą pełnego zakresu zamówienia i potwierdzają realność zaoferowanej ceny.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo że oferta wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut powyższy odwołujący podniósł, korelując go z zarzutem nr 1 dotyczącym rażąco niskiej ceny, wskazując, że zachowanie przystępującego uniemożliwia równe konkurowanie wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

W ocenie Izby, w związku z niepotwierdzeniem się zarzutu nr 1, przedmiotowy zarzut uznać należało za bezzasadny. Indywidualność zachowań wykonawców, którzy działając

w granicach dozwolonych prawem, nie może automatycznie zostać zakwalifikowana jako działanie sprzeczne z uczciwą konkurencją. Sposób podania stawek za roboczogodzinę, odmiennie niż to ujął w swojej ofercie odwołujący nie kwalifikuje oferty przystępującego jako podlegającej odrzuceniu przy stwierdzeniu, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Izby zasady zachowania uczciwej konkurencji zostały zachowane a odwołujący okoliczności przeciwnej nie wykazał.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co doprowadziło do wyboru oferty, która powinna zostać odrzucona.

W ocenie Izby, w związku z niepotwierdzeniem się zarzutów podstawowych, zarzut powyższy jako wynikowy, Izba uznała za bezzasadny. Zdaniem Izby zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny. Czynności zamawiającego charakteryzowały się przejrzystością postępowania, pełną jego transparentnością, a ocena zgromadzonych w trakcie prowadzonego postępowania dokumentów była prawidłowa, albowiem miała na względzie proporcjonalną wobec przekazanej wykonawcom dokumentacji (SWZ wraz z załącznikami) ocenę, która dawała gwarancję uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....